

Laura Bastos Carvalho¹

CONTROLE DO TABACO: UMA ANÁLISE SOBRE PATERNALISMO E LIBERDADE

Tobacco control: an analysis on paternalism and liberty

¹ Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro/RJ, Brasil.

Correspondência: Laura Bastos Carvalho. *E-mail*: la_bastos@hotmail.com.

Recebido em: 16/03/2015. Revisado em: 28/05/2015. Aprovado em: 29/05/2015.

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de verificar se as medidas adotadas no Brasil para o controle do tabaco são paternalistas e se elas de alguma forma restringem liberdades individuais. Primeiramente, serão analisadas as correntes teóricas a respeito do paternalismo e sua relação com a liberdade, com especial atenção à corrente do Paternalismo Libertário. Em seguida, analisar-se-ão as medidas adotadas no controle do tabaco em outros países e no Brasil. Por fim, analisar-se-á cada uma das medidas adotadas, buscando-se definir se elas restringem a liberdade e se há medidas alternativas menos restritivas. Chega-se, assim, à conclusão de que as medidas adotadas no Brasil, embora sejam majoritariamente paternalistas, não retiram necessariamente a liberdade dos indivíduos.

Palavras-Chave

Controle do Tabaco; Liberdade; Paternalismo.

ABSTRACT

This paper aims at verifying if the measures adopted in Brazil for tobacco control are paternalistic and if they, in any way, restrict individual liberties. Firstly, some of the theories on paternalism and their relation to liberty will be analyzed, focusing on the Libertarian Paternalism doctrine. Then, measures for tobacco control adopted in other countries and in Brazil will be discussed. Finally, each measure adopted in Brazil will be thoroughly analyzed, in order to verify if it restricts liberty and if there are less restrictive measures available. The conclusion is that the measures adopted in Brazil, even though they are predominantly paternalistic, do not necessarily restrict individual liberties.

Keywords

Liberty; Paternalism; Tobacco Control.

Introdução

A intervenção do Estado no âmbito privado possui, por vezes, o intuito de proteger os cidadãos contra condutas ou situações danosas, o que se entende por paternalismo. Tal intervenção, quando restringe liberdades individuais, é severamente criticada. Surge daí o debate sobre a validade de medidas paternalistas, a quem caberia tomar decisões que influenciam o âmbito privado dos cidadãos e se o Estado possuiria legitimidade para fazer escolhas pela população. Um dos casos que mais gera debate na temática do paternalismo e da liberdade é o controle do tabaco.

As ações contra o tabagismo no Brasil não são recentes. Em 1989, o governo federal lançou o Programa Nacional de Controle do Tabagismo (PNCT), quando se estimava que o número de fumantes correspondia a 32% da população nacional¹. Desde então, o Brasil vem adotando medidas cada vez mais severas contra a epidemia do tabagismo². A porcentagem estimada de fumantes em 2006 era de 19,3% da população. E estima-se que, em 2012, o número de fumantes era de 20 milhões de brasileiros, o que correspondia a 15,6% da população do país³.

A diminuição do consumo do tabaco no país é notória, porém os custos que a epidemia do tabagismo representa para o sistema de saúde ainda são alarmantes. Calcula-se que, em 2011, os custos para o setor da saúde com tratamento de doenças relacionadas ao tabagismo foram de R\$ 20 bilhões, o que correspondeu a 0,5% do Produto Interno Bruto (PIB) naquele ano⁴. O impacto da epidemia do tabaco no Sistema Único de Saúde (SUS) é inegável, já que cerca de 75% da população do país é dele dependente⁵. Assim, o interesse e a necessidade de se controlar a epidemia do tabagismo persistem.

Entretanto, as medidas adotadas contra o consumo de tabaco – como a proibição de propaganda, a restrição ao uso de aditivos e até uma possível adoção de embalagens genéricas no futuro – geram polêmica na sociedade. Alguns consideram que tais medidas sejam paternalistas, conceito que comumente alude a uma atitude autoritária do governo de retirar a liberdade dos indivíduos. São gritos contra

¹CAVALCANTE, T. M. O controle do tabagismo no Brasil: avanços e desafios. *Revista Psiquiatria Clínica*, v. 32, n. 5, p. 286, set./out. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rpc/v32n5/27703.pdf>>. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-60832005000500006>.

²Utiliza-se aqui o termo “epidemia” sem qualquer cunho negativo, sendo somente uma referência à terminologia empregada pelas autoridades de saúde no Brasil.

³LARANJEIRA, R. et al. II Levantamento Nacional de Álcool e Drogas. São Paulo: Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia para Políticas Públicas de Álcool e outras Drogas (INPAD), Unifesp, 2014. p. 45.

⁴PINTO, M. T.; PICHON-RIVIERE, A. Relatório Final – Carga das doenças tabaco-relacionadas para o Brasil, 49. Disponível em: <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/721_Relatorio_Carga_do_tabagismo_Brasil.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2016.

⁵Segundo dados da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), em dezembro de 2013, 25,9% dos brasileiros possuíam plano de saúde. Como o número de indivíduos que usam o sistema privado de saúde sem seguro é desprezível, estima-se que 74,1% dos brasileiros dependam do SUS. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/materiais-para-pesquisas/perfil-do-setor/dados-gerais>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

o “Estado-babá”, que afirmam que os cidadãos são quem pode fazer as melhores escolhas para si mesmos. Busca-se, assim, verificar se realmente há uma relação entre ações paternalistas e restrição às liberdades individuais, especificamente no que tange às medidas adotadas para controle do tabaco no Brasil.

É necessário, porém, fazer uma observação. A idade média do início do uso de produtos de tabaco no Brasil em 2012 era de 16,2 anos, e a idade média de uso regular era de 17,4 anos⁶. Essa iniciação precoce pode comprometer a premissa de que as decisões de fumantes são conscientes e bem informadas. Muitas vezes, os jovens são sugestionados e seduzidos a experimentar os produtos, motivados por comerciais e pelos hábitos de seus familiares ou, até mesmo, para serem aceitos por grupos de amigos. Assim, não parece ser razoável defender que grande parte da população que se iniciou no fumo tenha tomado tal decisão de forma inteiramente racional.

Ademais, há de se considerar também que 80% dos fumantes possuem uma relação de vício com a nicotina, o que, dependendo do grau de adicção, pode representar um real obstáculo para que parem de fumar⁷. Em outras palavras, muitas vezes a liberdade dos indivíduos já está comprometida pelo próprio ato de fumar, razão pela qual eles não serão inteiramente capazes de tomar decisões racionais e bem informadas com relação a sua dependência.

I. Paternalismo

O paternalismo é definido pela *Enciclopédia de Filosofia da Universidade de Stanford* como sendo “a interferência de um Estado ou indivíduo em outra pessoa, contra sua vontade, defendida ou motivada pela alegação de que a pessoa em quem se interfere estará em melhor situação ou protegida de algum mal”⁸.

John Stuart Mill, ao tratar da liberdade em sua teoria utilitarista, defendia que a única hipótese em que se poderia restringir a liberdade de um indivíduo seria para impedir que ele causasse dano a outrem. Mill, complementando tal raciocínio, defendia que uma restrição da liberdade baseada no argumento de ser benéfica ao indivíduo não seria justificada, já que o indivíduo é soberano sobre seu corpo e mente⁹. Em outras palavras, *Mill* rechaçava a intervenção paternalista nas liberdades individuais.

⁶LARANJEIRA, R. et al. op. cit., resultados preliminares.

⁷ANDREIS, M.; ISSA, J.S. Livre arbítrio e o consumo de cigarros e outros produtos de tabaco. *Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP*, São Paulo, ano 5, n. 17, p. 47, 2014. Disponível em: <http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/950_Revista_ESA_publicada.pdf>.

⁸“Paternalism is the interference of a state or an individual with another person, against their will, and defended or motivated by a claim that the person interfered with will be better off or protected from harm.” Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/paternalism/>>. (Tradução da autora). PATERNALISM. The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/paternalism/>>.

⁹MILL, J. S. *On liberty*. London: Longman, Roberts & Green, 1869. p. 13.

Gerald Dworkin, por sua vez, acredita que há situações em que indivíduos ajam de uma forma irracional, o que justificaria intervenções paternalistas. Para ele, essa irracionalidade ocorre em duas situações. Primeiro, quando se confere uma importância exagerada a um valor em detrimento de outro – como no caso de uma pessoa escolher suportar os riscos à sua incolumidade física para não ter de passar pela inconveniência de colocar o cinto de segurança toda vez que entrar em um carro. Segundo, quando se falha em agir de acordo com suas preferências ou desejos, como no caso de uma pessoa que deseja parar de beber, porém não o consegue devido a um vício físico¹⁰.

Para *Dworkin*, com relação à legislação paternalista, as autoridades têm sempre um ônus de demonstrar quais são os danos que visam a impedir e qual é a probabilidade de que eles ocorram. Ademais, a natureza e o peso das provas de tais danos devem ser muito elevados, de forma a evitar que qualquer pessoa tenha sua liberdade erroneamente restrita. Por fim, *Dworkin* sugere a prevalência da adoção das medidas menos restritivas, ou seja, se os mesmos objetivos puderem ser alcançados sem que haja restrição da liberdade, esta deve ser a solução escolhida¹¹.

1. Correntes modernas

No século XX, o poder público passou a ter, em muitos países, uma maior participação na concretização e efetivação de direitos sociais como um reflexo de sua maior intervenção na economia, o que caracterizou o Estado de Bem-Estar Social. Assim, os Estados adotaram medidas paternalistas, como a contribuição obrigatória à seguridade social. Entretanto, tais medidas passaram a ser criticadas com o advento do neoliberalismo, corrente que defende uma menor participação do Estado na economia, passando o livre-mercado¹².

A corrente do libertarianismo, espécie de espelho filosófico e social dos ideais neoliberais, defende que cada pessoa tem o direito de viver sua vida da maneira que escolher, desde que respeite os direitos dos outros. Assim, defende que o governo deve existir para proteger direitos, para proteger os cidadãos contra outros que lhes imponham sua vontade. Quando o governo impõe regras a cidadãos que não tenham violado direitos de outrem, o Estado está violando os direitos desses cidadãos¹³. Dessa forma, os defensores do libertarianismo condenam

¹⁰DWORKIN, G. Paternalism. In: WASSERSTROM, R. A. *Morality and the law*. Wadsworth Publishing Company, 1971. p. 186.

¹¹*Id.* Ibid, p. 188.

¹²DANNER, L. F. Nem neoliberalismo, nem intervencionismo irrestrito: Habermas sobre a ideia de *regulação indireta* no que tange às funções do Estado de Bem-Estar Social. *Cadernos de Ética e Filosofia Política*, Universidade de São Paulo, n. 23, p. 126-127, 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/cefp/article/view/74758/78349>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

¹³BOAZ, D. *Libertarianism*, a primer. Free Press, 1998. p. 2-3. Disponível em: <http://www.cambridgeliberarians.org.uk/media/uploads/2014/06/libertarianism_a_primer_boaz.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2016.

a censura e o controle de preços, além da regulação da economia e de escolhas privadas, opondo-se ao paternalismo.

Como uma tentativa de conciliar a intervenção estatal nas liberdades individuais com os ideais liberais, surgiu o paternalismo libertário, capitaneado por *Thaler* e *Sunstein*¹⁴. A premissa de tal corrente é que muitas vezes as pessoas não possuem preferências claras, estáveis ou bem definidas, fazendo com que suas escolhas sejam influenciadas por detalhes do contexto em que tomam suas decisões¹⁵.

O viés libertário da corrente reside no fato de que ela assume que as pessoas devem ser livres para fazer suas escolhas – não sendo defensável, portanto, um modelo que exclua a possibilidade de escolha pelos cidadãos. Já o viés paternalista da corrente consiste no entendimento de que é legítimo que instituições públicas e privadas tentem influenciar o comportamento humano, desde que não haja repercussão na esfera de terceiros. Essa influência deve ser, de acordo com a corrente, direcionada para escolhas que aumentem o bem-estar do cidadão. Assim, defende-se que o paternalismo libertário seria uma forma branda e não intrusiva de paternalismo, já que não se excluem escolhas do indivíduo¹⁶.

Thaler e *Sunstein* entendem que há situações em que as instituições precisam fazer escolhas que acabarão por afetar o comportamento das pessoas¹⁷. Um exemplo citado é a forma de organização dos alimentos no bufê de um restaurante: colocar a sobremesa primeiro poderia fazer com que as pessoas aumentassem a ingestão de doces, enquanto deixá-la em um ambiente separado e de difícil acesso acabaria por desestimular o seu consumo. Nesse contexto, reconhece-se a possibilidade de as escolhas individuais serem influenciadas pela arquitetura de escolhas da instituição¹⁸. Defende-se, assim, que as instituições devem priorizar uma arquitetura que faça com que os indivíduos sejam mais propensos a fazer escolhas que aumentem seu bem-estar. A intervenção do Estado seria, então, uma forma de dar um pequeno empurrão para que os indivíduos façam escolhas mais eficientes.

Uma das críticas feitas ao paternalismo libertário é o argumento dos declives escorregadios (“slippery slopes”)¹⁹. Os declives escorregadios ocorrem quando uma política ou medida que, se analisada isoladamente, parece desejável no presente, mas na verdade não o é, pois aumenta as chances de uma política indesejável no futuro.²⁰

¹⁴SUNSTEIN, C. R.; THALER, R. H. Libertarian paternalism is not an oxymoron. *University of Chicago Law Review*, n. 4, v. 70, p. 1160, 2003. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1184&context=public_law_and_legal_theory>. Acesso em: 27 jan. 2016.

¹⁵Id. Ibid, p. 1161.

¹⁶Id. Ibid, p. 1161-1162.

¹⁷Id. Ibid, p. 1164.

¹⁸Id. Ibid, p. 1166.

¹⁹RIZZO, M.; WHITMAN, D. G. Paternalist slopes. *NYU Journal of Law & Liberty*, v. 2, 2007, p. 411-443, 2007. Disponível em: <http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_060953.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2016.

²⁰Id. Ibid, p. 412.

Um exemplo de *slippery slope* é o “imposto pecado”, que poderia ser aplicado a alimentos contendo muito açúcar, por exemplo. A instituição do imposto teria o condão de desestimular o consumo de tais alimentos por aqueles que têm pouco autocontrole. Isoladamente analisando a medida, ela parece atender a seus fins. No entanto, da mesma forma que a pessoa pode estar disposta a suportar perdas em sua saúde futura, ela também pode estar disposta a suportar perdas financeiras. Isso porque, para poder comprar os “alimentos pecaminosos”, ela pode poupar menos dinheiro ou até mesmo gerar um débito no cartão de crédito. Assim, a pessoa não só continuaria com os problemas de saúde, mas teria sua situação agravada pelas perdas financeiras²¹.

O argumento dos declives escorregadios não invalida as propostas de *Sunstein* e *Thaler*, já que grandes benefícios podem justificar os riscos das medidas/políticas a serem adotadas, particularmente se tais riscos puderem ser minimizados.

O paternalismo libertário também é criticado pela corrente de *Claire Hill*, que inicialmente critica a concepção de que o Estado poderia suprir a falta de preferências claras ou definidas dos cidadãos²². Segundo essa corrente, os pequenos empurrões propostos não seriam consistentes com a ideia de liberdade de escolha. Ademais, defende que as próprias pessoas teriam mais incentivos a corrigir os desvios em seu comportamento do que o Estado. No entanto, reconhece que escolhas devem ser feitas pelo regulador em determinadas situações – como no caso das regras-padrão (*default rules*), uma vez que levar em consideração as preferências de cada um seria impossível²³.

2. Paternalismo na saúde

Um dos argumentos usados para justificar medidas paternalistas é que certas condutas, embora gerem efeitos individualmente, também podem aumentar os gastos públicos. Quando o indivíduo adota um comportamento que aumenta o risco de desenvolver uma doença ou ferimento, o custo do tratamento não será exclusivamente seu. Provavelmente o sistema de seguridade social, em que o sistema de saúde está incluído, terá de arcar com custos, seja para socorrer a pessoa, seja para tratá-la no hospital, ou até mesmo pela concessão de uma eventual pensão por invalidez.

No entanto, o argumento econômico como justificador do paternalismo é criticado, pois cifras talvez não justifiquem uma desconsideração das liberdades individuais²⁴.

Lawrence O. Gostin defende que a razão principal para que a saúde seja regulada, impondo ou incentivando determinados comportamentos, é proteger

²¹RIZZO, M.; WHITMAN, D. G. op. cit., p. 428-429.

²²HILL, C. A. Anti-anti-anti-paternalism. *NYU Journal of Law & Liberty*, v. 2, n. 3, p. 447, 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=956153>. Acesso em: 27 jan. 2016.

²³Id. Ibid, p. 452.

²⁴GOSTIN, L. O.; GOSTIN, K. G. A broader liberty: J.S. Mill, paternalism and the public's health. *Public Health*, v. 123, n. 3, p. 214-216, mar. 2009. Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=ois_papers>. <http://dx.doi.org/10.1016/j.puhe.2008.12.024>.

os próprios indivíduos, e não a economia pública. No entanto, a utilidade no caso da saúde pública, segundo ele, não pode ser medida com base em preferências individuais pontuais; ela deve ser medida sob uma perspectiva de maximização do bem-estar da população em geral²⁵.

Assim, em matéria de regulação de saúde, o paternalismo prioriza o bem-estar geral da população, da coletividade, e não preferências individuais: é mais importante salvar um número estatístico maior de vidas do que vidas individuais. Em outras palavras, o quadro geral é priorizado em detrimento do quadro individual. E o objetivo do paternalismo na saúde é criar uma sociedade mais saudável, e não afetar diretamente escolhas individuais²⁶.

É claro que nem todas as intervenções estatais na área da saúde podem ser caracterizadas como medidas paternalistas, já que muitas delas têm o real objetivo de proteger a população contra produtos nocivos à saúde ou até mesmo letais. Há casos em que a intervenção é necessária para garantir a qualidade dos produtos oferecidos – como os medicamentos, que devem ser previamente aprovados no Brasil pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa)²⁷.

Como medidas paternalistas na saúde, pode-se citar a obrigatoriedade de receita médica para obtenção de determinados medicamentos – por exemplo, os ansiolíticos –, como forma de evitar a automedicação²⁸. Outro exemplo de medida paternalista é a restrição de venda de refrigerantes em embalagens com mais de 500 mL, proposta pelo prefeito de Nova Iorque visando à diminuição do consumo de açúcar²⁹. As medidas paternalistas com relação à saúde são diversas e muitas, porém um dos casos que gera mais discussão é o controle de produtos de tabaco.

II. Controle do tabaco

Doenças relacionadas ao consumo de tabaco afetam uma grande parte da população mundial. Estima-se que o consumo de tabaco tenha causado 100 milhões

²⁵GOSTIN, L. O.; GOSTIN, K. G. op. cit., p. 217.

²⁶Id. Ibid.

²⁷"Art. 12. Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde." BRASIL. Lei Federal n. 6.360, de 23 de setembro de 1976. *Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6360.htm>. Acesso em: 27 jan. 2016.

²⁸MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria n. 344, de 12 de maio de 1998. *Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial*. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/Portaria_344_98.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2016. Ver também suas atualizações.

²⁹NOVA York quer proibir a venda de refrigerantes com mais de 500 ml. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 31 maio 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/eqilibrioesaude/2012/05/1098389-nova-york-quer-proibir-venda-de-refrigerantes-com-mais-de-500-ml.shtml>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

de mortes durante o século XX³⁰. Reconhecendo que a epidemia do tabaco é uma preocupação global, a Organização Mundial da Saúde (OMS) iniciou negociações sobre a Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco (CQCT), que entrou em vigor em 27 de fevereiro de 2005, tendo atualmente 168 signatários³¹. O Brasil aprovou a convenção em 3 de novembro de 2005, por meio do Decreto-Legislativo n. 1.012/2005, sendo ela posteriormente promulgada por meio do Decreto n. 5.658/2006³², em 2 de janeiro de 2006.

Os objetivos da CQCT são arrolados em seu artigo 3º, que afirma que o consumo e a exposição ao tabaco têm consequências devastadoras. A Parte III da CQCT, por sua vez, estabelece as medidas para a redução da demanda pelo tabaco. O artigo 6º impõe às partes o compromisso de adotar medidas relacionadas a preços e impostos, já que se reconhece que essas medidas são eficazes para que diversos segmentos da população reduzam o consumo do tabaco, em particular os jovens. O artigo 8º impõe o compromisso de promover a proteção contra a exposição à fumaça do tabaco.

Já o artigo 9º estabelece a obrigação das partes de propor diretrizes, elaboradas em conjunto com órgãos internacionais, para a análise e a mensuração dos conteúdos e das emissões dos produtos de tabaco, bem como para a regulamentação desses conteúdos e emissões. O artigo 11 define regras para embalagem e etiquetagem de produtos contendo tabaco, enquanto o artigo 12 trata de medidas educativas, de comunicação, de treinamento e de conscientização do público a respeito de tais produtos.

Protocolos e diretrizes podem ser elaborados sob a égide da CQCT – sendo os protocolos vinculantes, de acordo com o artigo 33. Até o momento, foi elaborado um protocolo, sobre a eliminação do comércio ilegal de produtos de tabaco, e sete diretrizes referentes aos artigos 5.3 e 8 a 14 da convenção³².

As diretrizes parciais para a implementação do artigo 9º afirmam que não há justificativa para se permitir o uso de ingredientes que aumentem a atratividade dos produtos de tabaco, como aromatizantes³³. Já as diretrizes para implementação do artigo 11 encorajam as partes da convenção a adotar embalagens genéricas, sustentando que tal medida aumentaria a eficácia e visibilidade das advertências ali contidas, além de impedir o uso de técnicas de design para sugerir que alguns produtos são menos prejudiciais do que outros³⁴.

³⁰ERIKSEN, M.; MACKAY, J.; ROSS, H. *The tobacco atlas*. Atlanta, GA: American Cancer Society; New York: World Lung Foundation; 2012.

³¹OMS. *Parties to the Framework Convention on Tobacco Control*. Disponível em: <http://www.who.int/fctc/signatories_parties/en/>. Acesso em: 27 jan. 2016.

³²OMS. *Adopted guidelines*. Disponível em: <<http://www.who.int/fctc/guidelines/adopted/en/>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

³³Diretrizes parciais para implementação dos artigos 9 e 10 da CQCT, item 1.2.1.1.

³⁴Diretrizes para implementação do artigo 11 da CQCT, item 46.

Muitos países adotaram leis proibindo o fumo em locais públicos. Nos Estados Unidos, mais de 30 estados possuem leis nesse sentido. Países como Colômbia, Guatemala, Islândia, Nova Zelândia, Noruega e Turquia adotaram medidas semelhantes. Ademais, Austrália e Canadá possuem leis contra o fumo em locais públicos em todos seus territórios/províncias³⁵.

A União Europeia aprovou a Diretiva 2014/40/UE³⁶, que proíbe a venda de produtos de tabaco que possuam um aroma distintivo, como os cigarros mentolados³⁷. Além dos aromatizantes, também foram proibidos pela diretiva diversos outros aditivos, como vitaminas e cafeína.

Os Estados Unidos proibiram em 2009 o uso de aromatizantes específicos em seus cigarros, como morango, uva, ervas ou especiarias, por meio da seção 907 do *Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act*³⁸ (lei de prevenção do fumo e controle do tabaco). Entretanto, não houve proibição da venda de cigarros mentolados, categoria que corresponde a aproximadamente um quarto das vendas de cigarros no país³⁹. O *Food and Drug Administration* (FDA), órgão regulador de alimentos e medicamentos nos EUA, estuda atualmente o impacto dos cigarros mentolados na saúde pública do país, para avaliar a necessidade de sua regulação⁴⁰.

Com relação às embalagens genéricas, seu uso em produtos de tabaco tornou-se obrigatório na Austrália em 2012, o primeiro país a implementar tal medida. Todas as embalagens são na cor verde-oliva, possuindo advertências visuais e textuais, além de uma fonte padrão para a indicação do fabricante do produto⁴¹. Nova Zelândia⁴², França⁴³ e Irlanda⁴⁴ estudam a adoção de medidas semelhantes.

³⁵CAMPAIGN for Tobacco-Free Kids, *Smoke-Free Laws*. Disponível em: <http://www.tobaccofreekids.org/what_we_do/state_local/smoke_free_laws/>. Acesso em: 27 jan. 2016.

³⁶Diretiva 2014/40/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de abril de 2014. *Relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros no que respeita ao fabrico, apresentação e venda de produtos do tabaco e produtos afins e que revoga a Diretiva 2001/37/CE*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/health/tobacco/docs/dir_201440_pt.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2014.

³⁷ Tal restrição somente será aplicável quando o volume de vendas do produto corresponder a mais de 3% na categoria, a partir de 2020, conforme o artigo 7º da Diretiva 2014/40/EU, cit.

³⁸FOOD NA DRUG ADMINISTRATION. *Tobacco Control Act*. Disponível em: <<http://www.fda.gov/TobaccoProducts/GuidanceComplianceRegulatoryInformation/ucm246129.htm>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

³⁹SMOKEFREE, *Menthol Cigarettes*. Disponível em: <<http://smokefree.gov/menthol-cigarettes>>.

⁴⁰FDA. *Menthol Report: Overview*. Disponível em: <<http://www.fda.gov/advisorycommittees/committeesmeetingmaterials/tobaccoproductsscificadvisorycommittee/ucm247605.htm>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

⁴¹LIBERMAN, J. Plainly constitutional: the upholding of plain tobacco packaging by the high Court of Australia. *American Journal of Law & Medicine*, v. 39, n. 2/3, p. 361, 2013. Disponível em: <http://www.mccabecentre.org/downloads/Liberman_plainly_constitutional_FINAL.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2016.

⁴²MINISTRY of Health. *Plain packaging*. Disponível em: <<http://www.health.govt.nz/our-work/preventative-health-wellness/tobacco-control/plain-packaging>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

⁴³OUEST France, Santé. *Bientôt des paquets de cigarettes sans logo en France*. Disponível em: <<http://www.ouest-france.fr/sante-bientot-des-paquets-de-cigarettes-sans-logo-en-france-2849219>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

⁴⁴THE IRISH Times, Ireland leads EU on plain packaging of cigarettes. Disponível em: <<http://www.irishtimes.com/news/health/ireland-leads-eu-on-plain-packaging-of-cigarettes-1.1827268>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

1. Medidas adotadas no Brasil

O Brasil aprovou uma série de normas que intervêm na indústria do tabaco. A Lei n. 9.294/1996, em seu artigo 2º, veda o uso de produtos fumígenos em recintos coletivos fechados. A mesma lei, em seu artigo 3º, proíbe também a propaganda comercial de tais produtos, exceto na exposição para venda; o mesmo artigo arrola os princípios aplicáveis à propaganda, como não insinuar o aumento de virilidade pelo uso do produto ou associá-lo à prática de esportes.

A lei também prevê, nos parágrafos 2º a 6º do artigo 3º, a presença de cláusulas de advertência nas embalagens dos produtos, determinando que tais cláusulas ocuparão 100% da face posterior das embalagens, bem como 100% de uma de suas faces laterais. E, a partir de 2016, deve haver uma cláusula de advertência ocupando 30% da parte inferior da face frontal das embalagens. Além das advertências escritas, há também imagens. As fotos e as mensagens foram selecionadas com base em estudo sobre o grau de aversão que causam⁴⁵.

Outra medida visando ao controle do consumo de tabaco foi a determinação de que os produtos fumígenos tenham um preço mínimo estabelecido, conforme o artigo 20 da Lei n. 12.546/2011⁴⁶. Atualmente o preço mínimo é de R\$ 4,00 por vintena. Desde 2012, observa-se que o preço da vintena sobe R\$ 0,50 por ano. Ademais, conforme o artigo 14 da mesma lei, a alíquota do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) aplicável aos cigarros é da ordem de 300%, o que resulta em uma alíquota efetiva de 45% sobre o preço de venda a varejo⁴⁷.

Outrossim, uma das medidas mais controversas com relação aos produtos de tabaco foi a Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) n. 14/2012⁴⁸ da Anvisa. Por meio de tal resolução, o Brasil restringiu o uso de aditivos em produtos fumígenos,

⁴⁵ANVISA. Publicadas novas imagens para embalagens de derivados do tabaco. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/Anvisa+Portal/Anvisa/Cidadao/Assunto+de+Interesse/Tabaco/Imagens+de+Advertencia>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

⁴⁶BRASIL. Lei Federal n. 12.546, de 14 de dezembro de 2011. *Institui o Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (Reintegra); dispõe sobre a redução do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) à indústria automotiva; altera a incidência das contribuições previdenciárias devidas pelas empresas que menciona; altera as Leis n. 11.774, de 17 de setembro de 2008, n. 11.033, de 21 de dezembro de 2004, n. 11.196, de 21 de novembro de 2005, n. 10.865, de 30 de abril de 2004, n. 11.508, de 20 de julho de 2007, n. 7.291, de 19 de dezembro de 1984, n. 11.491, de 20 de junho de 2007, n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999, e n. 9.294, de 15 de julho de 1996, e a Medida Provisória n. 2.199-14, de 24 de agosto de 2001; revoga o art. 1º da Lei n. 11.529, de 22 de outubro de 2007, e o art. 6º do Decreto-Lei n. 1.593, de 21 de dezembro de 1977, nos termos que especifica; e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12546.htm>. Acesso em: 27 jan. 2016.

⁴⁷RECEITA FEDERAL. *Tributação de Cigarros – IPI*. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/destinacomercadorias/programanacombicigarroilegal/tribcigarro.htm>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

⁴⁸AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução – RDC n. 14, de 15 de março de 2012. *Dispõe sobre os limites máximos de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono nos cigarros e a restrição do uso de aditivos nos produtos fumígenos derivados do tabaco, e dá outras providências*. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/d50d8f804d44b146bcecf4031a95fac/Resolucao_RDC_14_Teores_e_Aditivos_16Mar12.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 27 jan. 2016.

banindo o uso de aditivos que confirmam sabor ou aroma aos produtos. O uso de açúcar em cigarros é somente permitido para repor o teor presente originalmente na folha de tabaco antes do processo de secagem. Outros ingredientes, em especial os melhorantes, responsáveis por retirar aspectos irritantes da fumaça, foram proibidos, o que pode inviabilizar a produção de cigarros que misturem mais de um tipo de tabaco (*blended cigarettes*)⁴⁹.

A eficácia dos artigos da resolução que proíbem o uso de aditivos foi suspensa por decisão da ministra Rosa Weber em decisão em medida cautelar na ADI 4874⁵⁰, em 13 de setembro de 2013. O plenário do Superior Tribunal Federal (STF) ainda não analisou a questão – o que ainda pode demorar a ocorrer, dada a possibilidade (e necessidade) de se realizar audiência pública por conta das questões técnicas envolvidas.

Por fim, em 2012, o senador Pedro Rollemberg propôs o projeto de lei PLS n. 154/2012⁵¹, para tornar obrigatória no Brasil a adoção de embalagens genéricas por produtos de tabaco. As embalagens teriam a marca do produto e da logomarca do fabricante em fonte preta com fundo branco, além das mensagens e imagens de advertência. Entretanto, tal projeto foi arquivado em julho de 2013, após sua votação ter sido retirada de pauta a pedido do próprio senador.

Não obstante, foi noticiado em julho de 2014 que a área técnica da Anvisa – em iniciativa do então diretor-presidente da agência, Dirceu Barbano – teria elaborado um anteprojeto de lei visando à adoção das embalagens genéricas⁵². No entanto, não há previsão para que a medida seja adotada no Brasil.

III. Medidas paternalistas?

1. Proibição de fumo em lugares fechados

Como já mencionado, a Lei n. 9.294/1996 proíbe o fumo em recintos coletivos fechados, sejam eles públicos sejam privados. A imposição dessa medida é melhor justificada pela não exposição de terceiros à fumaça dos produtos fumígenos, que

⁴⁹FGV. *Estudo dos efeitos socioeconômicos da regulamentação, pela ANVISA, dos assuntos de que tratam as Consultas Públicas nº 112 e 117, de 2010*. São Paulo: FGV, 2010. p. 6-8. Disponível em: <http://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/estudo_13.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2016.

⁵⁰SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4874. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4328586>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

⁵¹SENADO FEDERAL. Projeto de Lei n. 154, de 2012. *Altera a Lei n. 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para instituir embalagens genéricas para produtos de tabaco*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/105567>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

⁵²ANVISA estabelece proposta de maço de cigarro genérico. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 25 jul. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/eqilibrioesaude/2014/07/1490911-anvisa-estabelece-proposta-de-maco-de-cigarro-generico.shtml>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

é notoriamente prejudicial à saúde. Essa razão é convincente quando se imagina, por exemplo, uma boate, onde um jovem que não fuma é obrigado a conviver com a fumaça gerada por outros clientes, ou um escritório, onde um empregado é obrigado a inalar a fumaça dos cigarros de seus colegas.

No entanto, imaginemos que uma tabacaria quisesse permitir que seus clientes provassem seus produtos. Isso seria possível? Até recentemente, a legislação federal não regulamentava a questão, embora alguns estados e municípios o fizessem⁵³. O Decreto n. 8.262/2014⁵⁴, entretanto, passou a permitir o fumo em estabelecimentos que possuam a finalidade específica de vender produtos fumígenos⁵⁵.

Considerando um cenário um pouco diferente, imaginemos um bar que tivesse sido concebido com a ideia de servir como ponto de encontro para amantes de charuto, local onde o produto fosse vendido e que fosse notoriamente conhecido como um lugar de fumantes. Esse caso foi levado ao Judiciário em São Paulo⁵⁶ por uma tabacaria, com relação à Lei Estadual n. 13.541/2009⁵⁷, que permitia, em seu artigo 6º, inciso V, o fumo em

estabelecimentos específica e exclusivamente destinados ao consumo no próprio local de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, desde que essa condição esteja anunciada, de forma clara, na respectiva entrada.

⁵³Por exemplo, o Estado de São Paulo tratou da questão por meio da Lei Estadual n. 13.541/09; o Estado do Rio de Janeiro, por meio da Lei Estadual n. 5.517/09; e o Município de Curitiba/PR, por meio da Lei Municipal n. 13.254/2009.

⁵⁴BRASIL. Decreto n. 8.262, de 31 de maio de 2014. *Altera o Decreto n. 2.018, de 1º de outubro de 1996, que regulamenta a Lei n. 9.294, de 15 de julho de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8262.htm>. Acesso em: 27 jan. 2016.

⁵⁵"Art. 3º É proibido o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos, narguilé ou outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo fechado. § 1º-A vedação prevista no *caput* estende-se a aeronaves e veículos de transporte coletivo. § 2º Excluem-se da proibição definida no *caput*: I - locais de cultos religiosos de cujos rituais o uso do produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, faça parte; II - estabelecimentos destinados especificamente à comercialização de produtos fumígenos, derivados ou não do tabaco, desde que essa condição esteja anunciada, de forma clara, na entrada, e desde que em local reservado para a experimentação de produtos dotados de condições de isolamento, ventilação ou exaustão do ar que impeçam a contaminação dos demais ambientes; III - estúdios e locais de filmagem ou gravação de produções audiovisuais, quando necessário à produção da obra; IV - locais destinados à pesquisa e ao desenvolvimento de produtos fumígenos, derivados ou não do tabaco; e V - instituições de tratamento da saúde que tenham pacientes autorizados a fumar pelo médico que os assista. § 3º-Nos locais indicados no § 2º-deverão ser adotadas condições de isolamento, ventilação e exaustão do ar e medidas de proteção ao trabalhador em relação à exposição ao fumo, nos termos de normas complementares editadas pelos Ministérios da Saúde e do Trabalho e Emprego." Decreto n. 8.262/2014, cit.

⁵⁶Mandado de segurança n. 0024395-82.2009.8.26.0053, 14ª Vara da Fazenda Pública, Foro Central, Comarca de São Paulo.

⁵⁷ASSEMBLEIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Lei n. 13.541, de 07 de maio de 2009. *Proíbe o consumo de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, na forma que especifica*. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2009/lei-13541-07.05.2009.html>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

A sentença de mérito concedeu a segurança buscada pela tabacaria, por entender que era público e notório que o local era destinado ao fumo. Em 2011, a 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), ao julgar o recurso de apelação, entendeu, por maioria, que o texto da lei era claro em permitir apenas o fumo em lugares que somente vendessem produtos fumígenos, sendo portanto vedada a venda concomitante de alimentos e bebidas. Os recursos especial e extraordinário interpostos no caso foram inadmitidos, havendo agravos contra tais decisões em trâmite nos tribunais superiores.

A proibição do fumo, na forma como interpretada pelo TJSP, é paternalista e não libertária. Seu cunho paternalista verifica-se na própria intenção de desestimular o fumo em público, já que, para fazê-lo, o fumante teria de optar entre se sentar em mesas externas ou somente fumar – sem consumir qualquer outro produto – em um local fechado. A medida não é libertária pelo fato de que, ainda que se protejam terceiros dos malefícios dos produtos fumígenos, um grupo de pessoas não poderia se reunir em um ambiente fechado para fumar enquanto degusta outros produtos.

A regulamentação da lei federal recentemente aprovada possui uma pequena diferença textual em relação à legislação paulista, mas que pode significar uma grande diferença na prática. O Decreto n. 8.262/2014 autoriza o fumo em “estabelecimentos destinados especificamente à comercialização de produtos fumígenos”, não havendo, portanto, o termo “exclusivamente”. Assim, em tese, o funcionamento de tabacarias que servem alimentos e bebidas estaria permitido, já que realizam o comércio específico de produtos fumígenos, complementado por outros produtos. Essa abordagem parece melhor se coadunar com as liberdades individuais, não havendo proibição desarrazoada, já que não haveria exposição involuntária de terceiros à fumaça em tais locais. Resta observar como a medida será aplicada na prática e a interpretação que os tribunais darão a tal exceção à restrição do fumo em locais fechados.

Por fim, cumpre salientar que se argumenta que o fumo em locais fechados representa um risco ocupacional a empregados de bares e restaurantes⁵⁸, o que pode levar ao argumento de que a proibição da prática não deve ter exceções. Entretanto, observa-se que há outras funções que representam riscos à saúde dos trabalhadores, como a de técnicos em radiologia. Dessa forma, a saída seria adequar a legislação trabalhista a essa realidade, conferindo aos empregados de tais estabelecimentos o adicional de insalubridade.

⁵⁸CARVALHO, A.; FERNANDES, K. A judicialização de políticas públicas de controle do tabaco. *Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP*, São Paulo, ano 5, n. 17, p. 27, 2014. Disponível em: <http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/950_Revista_ESA_publicada.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2016.

2. Proibição da propaganda

A propaganda de produtos fumígenos, como mencionado anteriormente, passou a ser proibida no Brasil pelas mudanças introduzidas pela Lei n. 12.546/2011 no texto da Lei n. 9.294/1996⁵⁹. A exposição dos produtos nos locais de venda em *displays* com propagandas, até há pouco tempo comum, foi proibida pelo Decreto n. 8.262/2014, que somente autoriza o mero acondicionamento dos produtos em mostruários ou expositores nos locais de venda⁶⁰.

A medida justifica-se pelo fato de a publicidade de produtos fumígenos aumentar as chances de indivíduos começarem a fumar, notadamente os jovens. Ademais, ela poderia ainda aumentar o consumo entre fumantes e tornar ex-fumantes mais propensos a retomar a prática⁶¹. A norma, portanto, claramente busca impedir que pessoas sejam incentivadas ou sugestionadas a fumar.

Note-se, entretanto, que tal medida não interfere na liberdade individual dos cidadãos, já que a proibição da propaganda não lhes retira o direito de fumar⁶². Ainda assim, a medida tem caráter paternalista, ao impedir que cidadãos sejam expostos a conteúdos que potencialmente poderão lhes tornar mais propícios a iniciar ou retomar o fumo, atividade que é considerada danosa pelo Estado.

3. Cláusulas e imagens de advertência

No capítulo anterior, foi mencionado que as embalagens de produtos fumígenos devem conter cláusulas de advertência⁶³. Considerando os requisitos legais, desde o início de 2016, somente 70% da face frontal e uma das laterais das embalagens estão livres de tais advertências.

Em um primeiro momento, pode-se considerar que tal medida não possui qualquer cunho paternalista, já que ela teria a função primordial de informar a população sobre as consequências do fumo. No entanto, argumenta-se que a simples

⁵⁹BRASIL. Lei n. 9.294, de 15 de julho de 1996. *Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19294.htm>. Acesso em: 27 jan. 2016. A constitucionalidade da norma é questionada na ADI 3311, ainda pendente de julgamento pelo STF. A eficácia da norma, entretanto, está mantida, já que não foi proferida liminar que a suspendesse. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3311. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2246660>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

⁶⁰Vide artigo 7º do Decreto n. 8.262/2014, cit.

⁶¹JUNDI, S.; PINSKY, I. Propaganda de tabaco nos pontos de venda: uma revisão sistemática (1999-2009), 2009. p. 10. Disponível em: <http://www.propagandasemcigarro.org.br/downloads/prova_estudo_ilana_completo.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2016.

⁶²SILVA, V. A. *Parecer jurídico sobre a constitucionalidade das restrições à propaganda de produtos de tabaco*, 2009. p. 3. Disponível em: <http://www.propagandasemcigarro.org.br/downloads/284_parecer_juridico_publicidade.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2016.

⁶³A constitucionalidade dessa norma também é questionada na ADI 3311.

escolha das informações contidas nas advertências, além do lugar onde elas devem ser exibidas, pode resultar em uma medida paternalista⁶⁴.

Ademais, considerando-se que as fotos e as mensagens foram selecionadas com base em estudo sobre o grau de aversão que as ilustrações causam, fica clara também a intenção do Estado de provocar certo medo ou comoção na população. Essa é uma medida paternalista, pois não visa somente a informar, e sim busca efetivamente reduzir o consumo do produto. No entanto, importante notar que não há restrição às liberdades individuais advindas dessa norma, pois o direito à escolha do produto a ser consumido é assegurado ao cidadão.

4. Impostos e preço mínimo

Segundo a OMS, o aumento nos impostos sobre produtos de tabaco é a maneira mais efetiva de reduzir seu consumo e, assim, salvar vidas. A medida teria especial impacto entre jovens e pessoas de baixa-renda. O aumento de 10% no preço dos cigarros pode gerar uma queda de 8% no consumo nos países em desenvolvimento, segundo dados da organização⁶⁵. A OMS, no entanto, não informa parâmetros sugeridos para a tributação aplicável a cigarros.

A instituição de tributação pesada sobre os produtos, entretanto, é criticada. Alega-se que ela pode tornar os preços proibitivos para segmentos da população, o que não necessariamente significa que eles deixarão de fumar. Isso porque esses segmentos podem recorrer ao mercado negro, o que não seria vantajoso para o Estado – que deixaria de arrecadar impostos – nem para os cidadãos – que seriam submetidos a riscos ainda maiores à saúde, dada a falta de controle sobre produtos contrabandeados ou contrafeitos⁶⁶. Esse é um exemplo de *slippery slope*, em que a medida que teria a função de promover o bem-estar do indivíduo acaba por piorar sua situação. No entanto, não há dados comprovando que o aumento da tributação ocasionou um aumento do mercado ilegal de cigarros no Brasil.

Considerando-se que o preço mínimo do cigarro no Brasil hoje é de R\$ 4,00 e que a alíquota aplicável do IPI é da ordem de 45%, tem-se o pagamento mínimo de R\$ 1,80 a título de IPI por maço. Embora a arrecadação do imposto ajude o governo a cobrir os gastos de saúde pública ocasionados pelas doenças causadas pelo tabaco, é claro que tal imposto possui um caráter extrafiscal para desencorajar

⁶⁴SUNSTEIN, C. R. The storrs lectures: behavioral economics and paternalism. *Yale Law Journal*, v. 122, n. 7, p. 1832, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2182619>>. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2182619>.

⁶⁵OMS. *WHO Report on the Global Tobacco Epidemic*, 2013. Genebra: OMS, 2013. p. 88-89. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/85380/1/9789241505871_eng.pdf?ua=1>. Acesso em: 27 jan. 2016.

⁶⁶LAFFER CENTER. *Laffer's International Tobacco Taxation Handbook Gives Governments Roadmap to Optimize Tax Revenues*. Disponível em: <<http://www.laffercenter.com/laffers-international-tobacco-taxation-handbook-governments-roadmap-optimize-tax-revenues/>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

o consumo do produto. Tal fato, aliado ao preço mínimo, demonstra claramente o caráter paternalista da medida. Apesar de paternalista, o preço do cigarro no Brasil ainda não é proibitivo, o torna a medida – por enquanto – libertária.

5. Restrição de aditivos

Primeiramente, cabe dizer que os níveis de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono – substâncias notoriamente prejudiciais à saúde – tiveram limites máximos estabelecidos pelo artigo 4º da RDC n. 14/2012 da Anvisa. Tal medida visa à segurança dos consumidores, para que não sejam expostos a níveis acima do recomendado de tais substâncias. Apesar de seu cunho paternalista, ela em nada afeta as liberdades individuais.

A RDC n. 14/2012 também proibiu o uso de substâncias que possam conferir, intensificar, modificar ou realçar o sabor ou o aroma dos produtos de tabaco, além de aditivos com propriedades nutricionais, pigmentos, frutas, temperos, entre outros. A medida tem como justificativa o fato de que os aditivos tornam o cigarro mais palatável e, portanto, não só incentivariam a iniciação, como também promoveriam o aumento do fumo. Os produtos com aditivos teriam, ainda, um apelo especial aos jovens, sendo a primeira escolha de cerca de 50% dos que já fumaram⁶⁷.

O caráter paternalista da medida é evidente, pois ela tem o objetivo de impedir o contato dos cidadãos com substâncias que aumentem o consumo de produtos de tabaco ou os iniciem ao fumo. A iniciação de jovens ao fumo é uma prática que deve ser combatida, já que eles ainda não possuem plena capacidade de fazer escolhas racionais e bem informadas. No entanto, a restrição aos aditivos afeta todos os segmentos da sociedade, retirando-lhes a liberdade de escolha para privilegiar os interesses de um grupo mais vulnerável. Haveria alternativa ao banimento de tais aditivos que pudesse conciliar a proteção dos jovens e a liberdade de indivíduos adultos?

No Brasil, a venda de cigarros a menores de idade é proibida. No entanto, essa restrição não é efetiva, já que 62% dos jovens reportaram não ter sido impedidos de comprar cigarros por conta de sua idade⁶⁸. Note-se, entretanto, que de 2006 a 2012, houve uma diminuição de 45% no número de adolescentes fumantes no Brasil⁶⁹.

Essa diminuição ocorreu previamente à proibição dos cigarros aromatizados, o que demonstra que outras ações são eficazes no combate à iniciação ao fumo. Dessa forma, o aumento da fiscalização e a imposição de penalidades mais severas

⁶⁷FIGUEIREDO, V. C. et al. *Use of flavored cigarettes among Brazilian adolescents: a step toward nicotine addiction?* p. 2. Disponível em: <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/791_Flavored_cigarettes.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2016.

⁶⁸LARANJEIRA, R. et al. op. cit., resultados preliminares sobre tabaco.

⁶⁹Id. Ibid, p. 50.

a comerciantes que vendam produtos de tabaco a menores de idade, aliados à realização de mais e maiores campanhas de educação, poderiam ser implementados anteriormente à proibição dos aditivos como forma de frear o consumo do produto por jovens. Assim, seriam adotadas medidas menos restritivas, de forma a privilegiar as liberdades individuais, conforme defendido por *Dworkin*.

Tal passo prévio à exclusão dos aditivos que confiram sabor aos produtos de tabaco parece melhor respeitar as liberdades individuais dos outros segmentos da sociedade, já que seriam adotadas medidas menos restritivas e que poderiam atingir o mesmo objetivo de frear a iniciação de jovens ao fumo.

6. Embalagens genéricas

As embalagens de produtos de tabaco reconhecidamente influenciam a percepção do produto pelo consumidor, podendo fazer com que ele acredite até que um determinado cigarro é menos danoso à saúde do que outro. Estudos demonstram que a adoção de embalagens genéricas não só diminui o apelo e a percepção da qualidade do produto, como também aumenta a percepção das cláusulas e imagens de advertência contidas nas embalagens⁷⁰.

Claramente, a medida tem caráter paternalista, por representar uma medida que fará com que os indivíduos sejam menos propensos a ser atingidos pelos efeitos que marcas e cores podem causar em sua percepção do produto, ao mesmo tempo em que os torna mais suscetíveis a perceber as mensagens sobre os malefícios que o produto pode causar a sua saúde. No entanto, com relação às liberdades individuais, não há qualquer restrição, já que a medida não proíbe a comercialização de determinados tipos do produto, tampouco proíbe os indivíduos de consumi-los.

Argumenta-se que as embalagens genéricas aumentariam os números de contrabando e mercadorias contrafeitas – outro exemplo de *slippery slope*. Na Austrália, primeiro país a implementar a medida, temia-se um aumento no contrabando de mercadorias advindas da Ásia. No entanto, um recente estudo demonstra que, no primeiro ano após a implementação da medida, não há evidência de que o mercado ilegal de tabaco tenha crescido no país⁷¹.

Por fim, também se argumenta que a instituição das embalagens genéricas violaria o direito à propriedade industrial das empresas que comercializam e produzem produtos de tabaco, já que elas seriam impedidas de utilizar suas marcas. O registro de uma marca, a teor do artigo 129 da Lei de Propriedade

⁷⁰PARR, V. et al. *Market research to determine impact of plain packaging on other tobacco products*. Sydney: GfK Blue Moon, 2011. p. 11.

⁷¹SCOLLO, M. et al. Early evidence about the predicted unintended consequences of standardised packaging of tobacco products in Australia: a cross-sectional study of the place of purchase, regular brands and use of illicit tobacco. *BMJ Open*, v. 8, n. 4, 2014.

Industrial⁷², é um direito de propriedade que garante ao titular seu uso exclusivo. Ademais, a indústria não mais poderia identificar seus produtos por meio de características distintivas de seu aspecto visual, o chamado *trade dress*. Porém, esse direito de propriedade não é absoluto e pode ser limitado, como nos casos de uso abusivo de marca⁷³.

Assim, a instituição de embalagens genéricas é possível, caso haja a compreensão de que o direito à saúde deve prevalecer no caso. Ademais, há de se notar que a limitação ao direito de propriedade não seria total, já que o uso das marcas nominativas ainda seria permitido, sendo vedado somente o uso de marcas mistas e figurativas. Nesse sentido, sopesando-se os ganhos para a saúde pública, caso o legislador assim o entenda, o uso das marcas nas embalagens de produtos de tabaco pode ser limitado, ainda que isso signifique uma restrição ao direito de propriedade da indústria.

Considerações finais

A análise permite concluir que a maioria das medidas de controle do tabaco no Brasil é paternalista. No entanto, é preciso deixar de lado a conotação negativa empregada no termo “paternalista”. Medidas que visem a um maior bem-estar da população podem ser paternalistas, mas isso não significa que elas necessariamente retirem sua liberdade. Esse é o caso das embalagens genéricas, cuja adoção é hoje considerada pelo Brasil, ou ainda da proibição de propaganda de produtos de tabaco.

Apesar de algumas das medidas analisadas restringirem liberdades, como a proibição do fumo em lugares fechados, é necessário constatar que elas são responsáveis por um declínio expressivo no consumo do tabaco nas últimas décadas. E esse menor consumo de produtos de tabaco leva a duas consequências de interesse do público: menores gastos com saúde e uma população mais saudável.

Embora o argumento econômico não seja suficiente para justificar a restrição de liberdades individuais, ele certamente tem um grande impacto. Ainda se gasta muito com o tratamento de doenças relacionadas ao tabagismo,

⁷²Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148. § 1º Toda pessoa que, de boa fé, na data da prioridade ou depósito, usava no País, há pelo menos 6 (seis) meses, marca idêntica ou semelhante, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, terá direito de precedência ao registro. § 2º O direito de precedência somente poderá ser cedido juntamente com o negócio da empresa, ou parte deste, que tenha direta relação com o uso da marca, por alienação ou arrendamento.” BRASIL. Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. *Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 27 jan. 2016.

⁷³BARBOSA, D. B. *Da restrição ao uso abusivo do direito de marca*. 2011. p. 1. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/restricao_uso_abusivo_direito_marca.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2016.

cifra que pode e deve ser diminuída. O tabagismo leva a doenças evitáveis, ou que poderiam ao menos ser melhor controladas, se os pacientes não fossem fumantes (ativos ou passivos).

Por fim, deve-se reconhecer que a qualidade de vida daqueles que não têm contato com produtos fumígenos é comprovadamente melhor do que a daqueles que o têm. É de interesse de todos que possamos ter uma sociedade mais saudável e que mais vidas sejam preservadas. Havendo meios de evitar doenças – ou de torná-las menos agressivas –, os incentivos para a adoção desses meios devem ser aproveitados.

Referências

ANDREIS, M.; ISSA, J.S. Livre arbítrio e o consumo de cigarros e outros produtos de tabaco. *Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP*, São Paulo, ano 5, n. 17, p. 44-51, 2014. Disponível em: <http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/950_Revista_ESA_publicada.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2016.

ANVISA estabelece proposta de maço de cigarro genérico. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 25 jul. 2014. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/equilibriosaude/2014/07/1490911-anvisa-estabelece-proposta-de-maco-de-cigarro-generico.shtml>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

ANVISA. Publicadas novas imagens para embalagens de derivados do tabaco. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/Anvisa+Portal/Anvisa/Cidadao/Assunto+de+Interesse/Tabaco/Imagens+de+Advertencia>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

BARBOSA, D. B. *Da restrição ao uso abusivo do direito de marca*. 2011. p. 1. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/restricao_uso_abusivo_direito_marca.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2016.

BOAZ, D. *Libertarianism, a primer*. Free Press, 1998. Disponível em <http://www.cambridgelibertarians.org.uk/media/uploads/2014/06/libertarianism_a_primer_boaz.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2016.

CAMPAIGN for Tobacco-Free Kids, *Smoke-Free Laws*. Disponível em: <http://www.tobaccofreekids.org/what_we_do/state_local/smoke_free_laws/>. Acesso em: 27 jan. 2016.

CARVALHO, A.; FERNANDES, K. A judicialização de políticas públicas de controle do tabaco. *Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP*, São Paulo, ano 5, n. 17, p. 22-35, 2014. Disponível em: <http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/950_Revista_ESA_publicada.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2016.

CAVALCANTE, T. M. O controle do tabagismo no Brasil: avanços e desafios. *Revista Psiquiatria Clínica*, v. 32, n. 5, p. 283-300, set./out. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rpc/v32n5/27703.pdf>>. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-60832005000500006>.

DANNER, L. F. Nem neoliberalismo, nem intervencionismo irrestrito: Habermas sobre a ideia de *regulação indireta* no que tange às funções do Estado de Bem-Estar Social. *Cadernos de Ética e Filosofia Política*, Universidade de São Paulo, n. 23, p. 126-144, 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/cefp/article/view/74758/78349>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

DWORKIN, G. Paternalism. In: WASSERSTROM, R. A. *Morality and the law*. Wadsworth Publishing Company, 1971.

ERIKSEN, M.; MACKAY, J.; ROSS, H. *The tobacco atlas*. Atlanta, GA: American Cancer Society; New York: World Lung Foundation; 2012.

FDA. Menthol Report: Overview. Disponível em: <<http://www.fda.gov/advisorycommittees/committeesmeetingmaterials/tobaccoproductsscificadvisorycommittee/ucm247605.htm>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

FGV. *Estudo dos efeitos socioeconômicos da regulamentação, pela ANVISA, dos assuntos de que tratam as Consultas Públicas nº 112 e 117, de 2010*. São Paulo: FGV, 2010. Disponível em: <http://fgvprojotos.fgv.br/sites/fgvprojotos.fgv.br/files/estudo_13.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2016.

FIGUEIREDO, V. C. et al. *Use of flavored cigarettes among Brazilian adolescents: a step toward nicotine addiction?* Disponível em: <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/791_Flavored_cigarettes.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2016.

GOSTIN, L. O.; GOSTIN, K. G. A broader liberty: J.S. Mill, paternalism and the public's health. *Public Health*, v. 123, n. 3, p. 214-222, mar. 2009. Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=ois_papers>. <http://dx.doi.org/10.1016/j.puhe.2008.12.024>.

HILL, C. A. Anti-anti-anti-paternalism. *NYU Journal of Law & Liberty*, v. 2, n. 3, p. 444-454, 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=956153>. Acesso em: 27 jan. 2016.

THE IRISH Times, Ireland leads EU on plain packaging of cigarettes. Disponível em: <<http://www.irishtimes.com/news/health/ireland-leads-eu-on-plain-packaging-of-cigarettes-1.1827268>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

JUNDI, S.; PINSKY, I. Propaganda de tabaco nos pontos de venda: uma revisão sistemática (1999-2009), 2009. Disponível em: <http://www.propagandasemcigarro.org.br/downloads/prova_estudo_ilana_completo.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2016.

LAFFER CENTER. *Laffer's International Tobacco Taxation Handbook Gives Governments Roadmap to Optimize Tax Revenues*. Disponível em: <<http://www.laffercenter.com/laffers-international-tobacco-taxation-handbook-governments-roadmap-optimize-tax-revenues/>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

LRANJEIRA, R. et al. II Levantamento Nacional de Álcool e Drogas. São Paulo: Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia para Políticas Públicas de Álcool e outras Drogas (INPAD), Unifesp, 2014.

LIBERMAN, J. Plainly constitutional: the upholding of plain tobacco packaging by the high Court of Australia. *American Journal of Law & Medicine*, v. 39, n. 2/3, p. 361-381, 2013. Disponível em: <http://www.mccabecentre.org/downloads/Liberman_plainly_constitutional_FINAL.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2016.

_____. The power of the WHO FCTC: understanding its legal status and weight. In: MITCHELL, A., VOON, T. (Eds.). *The global tobacco epidemic and the law*. Edward Elgar, UK, forthcoming 2014.

MILL, J. S. *On liberty*. London: Longman, Roberts & Green, 1869.

MINISTRY of Health. *Plain packaging*. Disponível em: <<http://www.health.govt.nz/our-work/preventative-health-wellness/tobacco-control/plain-packaging>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

NOVA York quer proibir a venda de refrigerantes com mais de 500 ml. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 31 maio 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2012/05/1098389-nova-york-quer-proibir-venda-de-refrigerantes-com-mais-de-500-ml.shtml>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

OMS. *Adopted guidelines*. Disponível em: <<http://www.who.int/fctc/guidelines/adopted/en/>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

_____. *Parties to the Framework Convention on Tobacco Control*. Disponível em <http://www.who.int/fctc/signatories_parties/en/>. Acesso em: 27 jan. 2016.

_____. *WHO Report on the Global Tobacco Epidemic*, 2013. Genebra: OMS, 2013. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/85380/1/9789241505871_eng.pdf?ua=1>. Acesso em: 27 jan. 2016.

OUEST France, Santé. Bientôt des paquets de cigarettes sans logo en France. Disponível em: <<http://www.ouest-france.fr/sante-bientot-des-paquets-de-cigarettes-sans-logo-en-france-2849219>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

PARR, V. et al. *Market research to determine impact of plain packaging on other tobacco products*. Sydney: GfK Blue Moon, 2011.

PATERNALISM. The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/paternalism/>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

PINTO, M. T.; PICHON-RIVIERE, A. Relatório Final – Carga das doenças tabaco-relacionadas para o Brasil. Disponível em: <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/721_Relatorio_Carga_do_tabagismo_Brasil.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2016.

RECEITA FEDERAL. *Tributação de Cigarros – IPI*. Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/destinacaomercadorias/programanacombcigarroilegal/tribcigarro.htm>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

RIZZO, M.; WHITMAN, D. G. Paternalist slopes. *NYU Journal of Law & Liberty*, v. 2, 2007, p. 411-443, 2007. Disponível em: <http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_060953.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2016.

SCOLLO, M. et al. Early evidence about the predicted unintended consequences of standardised packaging of tobacco products in Australia: a cross-sectional study of the place of purchase, regular brands and use of illicit tobacco. *BMJ Open*, v. 8, n. 4, 2014.

SILVA, V. A. *Parecer jurídico sobre a constitucionalidade das restrições à propaganda de produtos de tabaco*, 2009. Disponível em: <http://www.propagandasemcigarro.org.br/downloads/284_parecer_juridico_publicidade.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2016.

SMOKEFREE, Menthol Cigarettes. Disponível em <<http://smokefree.gov/menthol-cigarettes>>.

SUNSTEIN, C. R. The storrs lectures: behavioral economics and paternalism. *Yale Law Journal*, v. 122, n. 7, p. 1826-1886, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2182619>>. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2182619>.

_____; THALER, R. H. Libertarian paternalism is not an oxymoron. *University of Chicago Law Review*, n. 4, v. 70, p. 1159-1202, 2003. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1184&context=public_law_and_legal_theory>. Acesso em: 27 jan. 2016.

Laura Bastos Carvalho – Mestre em Direito Global da Saúde (Global Health Law LL.M) pela Universidade de Georgetown; mestranda em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada. Rio de Janeiro/RJ, Brasil. *E-mail*: la_bastos@hotmail.com.